Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

III.

Ueber Inhalt und Form der nach einem Testament errichteten und in demselben zum voraus bestätigten Codizille.

Von

Herrn v. Kräwel,
Appellationsgerichtsrath in Naumburg.

Wenngleich diese Zeitschrift hauptsächlich und zunächst der civilistischen Praxis gewidmet ist, so enthält sie doch vorzugsweise theoretische Forschungen, die als solche freilich auch der Praxis zu Gute kommen.

Von mehr als einer Seite ist aber doch schon darüber geklagt worden, daß viele Grundsätze des gemeinen Rechtes, welche durch eine langjährige Praxis zur allgemeinen Anerkennung gelangt waren, durch solche theoretische Erörterungen, wieder zweifelhaft und controvers geworden, so daß die Autorität der Praxis, und die durch dieselbe herbeigeführte Rechtssicherheit und Gewißheit durch diese theoretischen Erörterungen mannigfach untergraben worden seien.

Auch sind manche dieser kritischen Untersuchungen, wenn auch an sich von großem Werthe, doch nicht sowohl auf das praktische Bedürfniß gerichtet, und keineswegs vorzugsweise dahin gerichtet, den gegenwärtigen Bedürfnissen des Verkehrs förderlich zu sein, und so einer praktischen Rechtsentwickelung den Weg zu bahnen, sondern man bemüht sich wohl, uns rücksichtslos Römische Rechtssätze wieder aufzuzwingen, welche der gesunde Sinn der Praxis längst beseitigt hatte.

Vielleicht bestätigen die nachfolgenden Erörterungen das Gesagte.

Es wird nämlich auch die Frage:

> ob in Codizillen, welchen der Testator im Voraus die Kraft seines Testamentes beigelegt hat, Erben ernannt werden können?

von den neueren Rechtslehrern im Gegensatz zu der früheren Praxis einstimmig verneint.

v. Vangerow sagt z. B. in seinem Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen §. 526 Anmerkung 1:

> Während das charakteristische Merkmal eines Testamentes darin besteht, daß sich der Testator einen direkten Erben ernennt, ist es umgekehrt ein gemeinschaftlicher Grundsatz für alle Arten der Codizille, daß darin über Universalsuccession keine Bestimmung getroffen werden kann.

Derselben Ansicht sind Thibaut, System des Pandektenr. §. 781, Gens in seinem Erbrecht Bd. 2. S. 230.

Diese Ansicht der jetzigen Lehrer des Römischen Rechts hat aber einen wesentlichen Einfluß auf die Auslegung des §. 35 des Anhangs zum Preußischen Allgem. Landrecht geäußert, welcher lautet:

> Behält sich der Erblasser in seinem rechtsbeständigen Testamente die Befugniß vor, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen oder abzuändern, und es finden sich dergleichen im Nachlasse, so haben sie mit dem Testamente selbst gleiche Kraft.
>
> Ob dergleichen Codizille außer der eigenhändigen Unterschrift des Testators auch mit anderen Erfordernissen versehn sein müssen, hängt von den Bestimmungen ab, welche das Testament des Erblassers deshalb enthält.

In dem am 5. Febr. 1794 publicirten A. L. R. war nämlich der Fall, daß sich der Testator ausdrücklich die Befugniß vorbehalten hatte, sein Testament durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen und abzuändern, nur insofern berührt, als die in einem solchen Aufsatz enthaltenen Theilungsvorschriften gültig sein sollen. §. 171. I. 12 Akts: Es beruhte dies auf keiner unabsichtlichen Versäumniß der Redaktoren des A. L. Rs., welche ihnen überhaupt sehr selten zur Last fällt, sondern sie wollten wirklich solchen bestätigten Codizillen keine größere rechtliche Wirkung beigelegt wissen Dies ergiebt der von Suarez bei Vorlegung des A. L. R's. zur Königlichen Bestätigung erstattete amtliche Schlußbericht, in welchem er sagt:

> Es ist in der That sonderbar, daß nach heutiger Gesetz-

gebung und Praxis zur Ernennung eines Erben soviel Förmlichkeiten erfordert werden, und daß dagegen, wenn nur erst ein Testament vorhanden, und darum die facultas codicillandi reservirt ist, jeder Wisch der unter des Testators Sachen gefunden wird, gelten muß, also daß durch dergleichen nachgemachte oder untergeschobene Zettel fast über den ganzen Nachlaß zum Nachtheil des sehr schön und förmlich eingesetzten Erben disponirt werden kann.

Nach dem A. L. R. könnten sonach in außergerichtlichen Codizillen nur Legate, welche den 20ten Theil des Nachlasses nicht überstiegen, angeordnet, Erben aber gar nicht ernannt werden. §. 161 I. 12. A. L. R's.

Bald nach Einführung des A. L. R's. entstanden jedoch Zweifel über die Frage:

ob ein nach dessen Einführung abgefaßtes, aber in einem, vor dessen Einführung errichteten Testamente, bestätigtes außergerichtliches Codizill seinem ganzen Inhalte nach für gültig zu erachten seien.

Zur Erledigung solcher Zweifel bei Auslegung der Gesetze bestand damals eine besondere Gesetzcommission, welche sich am 13. Oktober 1800 über diese Frage dahin äußerte[1]: daß ein solches Codizill nach dem vor Einführung des A. L. R's. geltenden gemeinen Rechte zu beurtheilen sei. Nach diesem sei aber die Frage unbedenklich zu bejahen. Dafür habe sich auch der Gerichtsgebrauch entschieden.

So sage Stryk in usu moderno lib. 29. Tit. 7. §. 3:

Nonnunquam solent testamento hanc clausulam adjicere: Wollen auch, daß dasjenige, was wir durch ein oder mehrere Codizille, auch eingelegte Zettel, väterliche Ammotation oder sonst wie verordnen werden, so stark und gültig sein solle, als wenn sie hierin mit ausgedrückten Worten gegründet wäre, Cujus clausulae haec est utilitas, ut valeant tales codicilli, etiam sine omnibus testibus, et ex testamento suam

1) Neues Archiv Bd. 1. S. 402.

subsistentiam recipiant, vi relationis ad testamentum factae.

Hiernach sei auch stets erkannt worden, wie die im 4. Bde. der Beiträge zur juristischen Literatur abgedruckten vielen Präjudikate beweisen.

Geht man auf diese Präjudikate zurück, so sagt das Kammergericht in den Gründen eines Erkenntnisses vom J. 1771:

Codizille, die per testamentum bestätigt werden, sind eigentlich ein Theil des Testaments, sie bestehen und zerfallen mit demselben, und wenn die neue Verordnung l. ult. Cod. §. 3 de Codicillis nicht auf Testamente gehn soll, so ist auch klar, daß sie auf Theile derselben, oder auf codicillos testamento confirmatos, nicht ausgedehnt werden könne:

Es folgt überhaupt nicht, daß auf solche dasjenige ausgedehnt werden könne, was von Codizillen verordnet wird, denn wenngleich z. B. in einem Codizill nach l. 7. C. de codicillis kein Erbe eingesetzt werden kann, so erlaubt, doch l. 77. D. de hered. instituendis und l. 10. de cond. instit. in dem Falle, si scriptum sit, quem heredem codicillis fecero, heres esto, oder in einem codicillo confirmato, die Ernennung des Erben, quia licet codicillis hereditas dari non possit, tamen haec ex testamento data videtur.

Das Kammergericht führt für seine Ansicht noch 10 Schriftsteller an. Von diesen sagt z. B. Lauterbach im collegium theoret. pract. l. 28. Tit. I. §. 76:

Finis et effectus utriusque testamenti idem est cum aliis testamentorum speciebus, et si omnes solenitates adhibitae, firmum habetur testatoris judicium, ut nec per principis rescripta rescindi possit.

Quod idem pertinet ad schedulam testamentariam, in qua nonnumquam heres instituitur.

Zweifelhafter erschien dagegen der Gesetz-Commission die Frage:

ob auch im Sinne des A. L. R's. die nach der eingetretenen Gesetzeskraft desselben errichteten Testamente die darin vorbehaltenen außergerichtlichen Codizille bei Kraft erhalten.

Nachdem die Gesetz-Commission die für Verneinung dieser Frage sprechenden Gründe hervorgehoben, die hier nicht interessiren, schließt sie:

Unseres Ermessens ist es nie rathsam, ohne Noth von alten Gesetzen, Verlassungen und Einrichtungen abzuweichen, wobei sich der Staat bisher wohl befunden hat, und da de lege ferenda die Rede ist, so würden wir der unvorschreiblichen Meinung sein:

> daß alle Codizille und Nachzettel, welche nicht gerichtlich deponirt worden, deren Gültigkeit aber der Testator in seinem gerichtlichen deponirten Testament, es mag solcher vor oder nach Einführung des Akts errichtet sein, verordnet hat, auch außer den, den 20ten Theil des Nachlasses nicht übersteigenden Legaten, ihrem ganzen Inhalte nach für gültig zu erachten, wenn sie nur von dem Testator eigenhändig ge- und unterschrieben sind.

Dies Gutachten wurde durch Rescript vom 3. Nov. 1800 mit dem Zusatz genehmigt, daß die Entscheidung der Frage: ob das Codizill oder der Nachzettel, außer der eigenhändigen Unterschrift des Testators, von demselben nach dessen ganzen Inhalte eigenhändig geschrieben sein müsse, davon abhängig bleibe, ob im Testamente disponirt worden, daß zur Gültigkeit die Codizille oder Nachzettel, dieses Requisitum erforderlich sein solle, wie denn überhaupt in Ansehung solcher Codizille oder Nachzettel, wenn sie gültig sein sollen, alle im Testament, wegen derselben vorgeschriebenen Erfordernissen sein müssen.

Man sieht, auch diese Abänderung des Vorschlags der Gesetz-Commission zielte dahin, die bisherige Praxis in Beziehung auf die Form solcher Nachzettel aufrecht zu erhalten. Man wollte auch die Bestimmung der Autonomie des Testators zu überlassen, ob der Nachzettel seinem ganzen Inhalte nach vom Testator eigenhändig geschrieben sein müsse, oder die bloße Unterschrift genüge.

Aus dieser Verordnung ist der §. 35 des im Jahr 1803 publicirten Anhangs zum A. L. R. entstanden, welcher also den bis dahin gemeinrechtlich feststehenden Grundsatz zur Geltung bringen sollte, daß die Codizille, denen das Testament dieselbe Gültigkeit wie dem Testament selbst beilegt, ihrem ganzen Inhalte

nach, und ebenso gelten sollen, als wenn ihr Inhalt in dem Testamente selbst enthalten sei.

Dieser Auffassung ist jedoch zuerst Bornemann in seiner systematischen Darstellung des Preußischen Civil-Rechts entgegengetreten, weil aus dem Gutachten der Gesetz-Commission hervorgehe, daß in dergleichen Aufsätzen nicht alle und jede, sondern nur solche Verfügungen getroffen werden könnten, welche durch ein Codizill überhaupt angeordnet werden dürfen. Nur die gemeinrechtlichen Vorschriften habe man herstellen wollen, diese aber gestatteten

> in einem codicillo testamento confirmato bloß die Anordnung von Legaten nicht auch die Verfügung oder Aufhebung einer Erbeseinsetzung.

Diese Ansicht eines so bewährten Rechtslehrers hat auch in der Preußischen Praxis Eingang gefunden, wie die Bd. 8. S. 279 der Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin abgedruckten Erkenntnisse ergeben.

Der Fall war folgender: In einem gerichtlich übergebenen Testament war verordnet:

> Ich behalte mir vor dies Testament durch außergerichtliche Aufsätze abzuändern und zu ergänzen, und verordne, daß dergleichen Aufsätze, wenn sie sich in meinem Nachlasse finden, und von mir eigenhändig, auch unterschrieben sind, gleiche Kraft haben sollen, als ob sie diesem Testamente wörtlich einverleibt worden.

Von diesem Vorbehalt war Gebrauch gemacht, und in dem vorgefundenen Nachzettel die Erbeinsetzung geändert. Die formelle Gültigkeit dieses Nachzettels stand außer Zweifel. Dennoch wurde in allen 3 Instanzen in Uebereinstimmung mit Bornemanns Ausführung angenommen, daß der Nachzettel als ein bloßes Codizill anzusehn sei, welches eine Bestimmung über die Erbeinsetzung in rechtsgültiger Weise nicht enthalten könne, es müsse daher bei der im Testament angeordneten, und im Nachzettel nicht auf rechtsgültige Weise abgeänderten Erbeinsetzung verbleiben. So wurde der im Codizill ausgesprochene Wille des Erblassers nicht beachtet.

Auf diese Weise ist der in das A. L. R. durch den Anhang

nachträglich im Jahr 1803 aufgenommenen Grundsatz der damaligen gemeinrechtlichen Praxis, daß solche Nachzettel ihrem ganzen Inhalte nach, also auch in Beziehung auf die Erbeinsetzung volle Geltung haben sollen, durch Interpolation der Ansichten der neueren Lehrer des Römischen Rechts beseitigt. Dadurch ist die Rechtsgültigkeit vieler letztwilliger Verordnungen zweifelhaft geworden. Diese Frage ist deshalb von großer praktischer Wichtigkeit.

Ein ganz ähnlicher, eben vorgekommener Fall, hat Veranlassung gegeben, die in Rede stehende Frage einer nochmaligen eingehenden Prüfung zu unterwerfen.

Ein Kreisgericht hatte wieder in Abrede gestellt, daß ein solcher Nachzettel, dem der Testator ausdrücklich die Kraft des Testaments beigelegt hatte, seinem ganzen Inhalte nach gültig sei. Das Appellationsgericht hat aber die Rechtsgültigkeit des ganzen Inhalts des Nachzettels anerkannt, weil dies der Ansicht der gemeinrechtlichen Praxis zur Zeit der Ablassung des §. 35 des Anhangs entspreche, und nur die damalige Praxis, nicht die Ansicht der jetzigen Lehrer des Röm. Rechts für die Auslegung des §. 35 des Anhangs maaßgebend sein dürfe.

Ein näheres Eingehn auf die Begründung der abweichenden Ansicht der jetzigen Lehrer des Röm. Rechts läßt dieselbe indeß auch nicht haltbar erscheinen, und soll hier versucht werden, die Richtigkeit der früheren mit der Ansicht der damaligen Rechtslehrer übereinstimmenden Praxis[2]) darzuthun.

Die Römischen Gesetzen, welche von den jetzigen Rechtslehrern dafür angeführt werden, daß in allen, also auch in den Codizillen, welchen der Testator die Kraft seines Testaments beigelegt hat, weder eine Erbeinsetzung noch eine Enterbung vorgenommen werden kann sind:

§. 2. I. h. t. (II. 25).
l. 10. D. h. t. (29. 7).
l. 76. D. ad S. C. Trebellianum (36. 1).
l. 14. C. de testam. (6. 23) und
l. 2 und 7. C. h. t. (6. 36).

2) Welcher Grundsatz jetzt in der Praxis Geltung hat, darüber ist wohl öffentlich nichts bekannt geworden.

Wir finden indeß überall in diesen Stellen nur den allgemeinen Satz aufgestellt, der unzweifelhaft als Regel gilt: codicillis hereditas neque dari neque adimi potest. Doch ist in allen diesen Fällen nur von den Codizillen im Allgemeinen, keineswegs von den im Testament bestätigten Codizillen, am allerwenigsten aber von denjenigen Codizillen die Rede, denen der Testator im Voraus die Kraft eines Testaments beigelegt hat.

Sehen wir die einzelnen Stellen an:

§. 2. D. h. t. lautet:

> Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest, nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur.

Hier wird also nur ganz allgemein der Grundsatz festgestellt, der von Codizillen als Regel gilt. Ob diese Regel aber auch in dem besonderen Falle gilt, daß der Testator seinem zu errichteten Codizill die Kraft eines Testaments beigelegt, und es in jeder Beziehung als solches angesehn wissen will, darüber sagt diese Stelle der Institutionen nichts. Gerade hierauf aber ist das Gewicht zu legen.

Hat sich der Testator bloß das Recht vorbehalten, durch Codizille sein Testament abzuändern, so behalten auch alle seine Nachzettel die Natur der Codizille, die er als solche bestätigt hatte. Es frägt sich aber, ob auch diejenigen Nachzettel die Natur der Codizillen behalten, welche der Erblasser ausdrücklich nicht als Codizille, sondern als integrirende Theile seines Testaments angesehn wissen will.

l. 10. h. t. D. lautet:

> Quod per manus traditum est, codicillis hereditatem dari non posse, rationem illam habet, ne per codicillos, qui ex testamento valent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videtur.

Papinian setzt also den Fall voraus, daß das Cod. dasselbe sagt, wie das Testament, daß das Codizill das Testament confirmirt. Er spricht sich dahin aus, daß bei einer solchen Uebereinstimmung des Testaments mit dem Codizill nicht das Codizill, son-

dern lediglich das Teſtament in Betracht zu ziehen ſei, weil man nicht ſagen dürfe, das Teſtament werde durch das Cod. beſtätigt, ſondern vielmehr das Cod. ſeine Geltung durch das Teſtament erhalte.

Es handelt ſich hierbei lediglich um Worte. Sachlich iſt die aufgeworfene Frage ſehr einfach. Bei einer Uebereinſtimmung des Teſtaments mit dem Codizill iſt es ziemlich gleichgültig, ob man das Codizill oder das Teſtament als maaßgebend und bindend anſieht. Hierauf hat ſchon Accurſius in der Gloſſe aufmerkſam gemacht, weil unter allen Umſtänden dieſelben Urſachen nicht wohl verſchiedene Wirkung äußern können. Obgleich ſich das auch ziemlich von ſelbſt verſteht, ſo macht doch Cujazius dem alten Gloſſator wegen ſeines hier an den Tag gelegten gründlichen philoſophiſchen Wiſſens, wohl nicht ohne Ironie, ein Compliment, indem er ſagt: placitissime notat Accursius, qui omnino philosophiae non erat ignarus.

l. 26. D. ad SC. Trebell. (36. 1) lautet:

Scaevola respondit: si pater filium suum impuberem ex a se scripserit heredem, eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest, tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quae ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur.....

Auch hier wird alſo nur die Regel angewendet, hereditas codicillis neque dari, neque adimi posse. Für unſeren beſonderen Fall, der ausdrücklichen Beſtätigung des Codizills, ſo daß es wie das Teſtament ſelbſt Geltung haben ſolle, fehlt es an jeder Andeutung der Entſcheidung.

Die Stellen des Codex ſind:

l. 14. de testamentis (6. 24).

Non condicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio et exheredatio facta probant evidenter

l. 12. h. t. (6. 36).

Hereditatem quidem neque dari, neque adimi codicillis posse, manifestum est. Verbis tamen precariis per hujusmodi etiam novissimi judicii ordinationem jura non faciunt irritas voluntates. Unde inefficaciter te codicillis

rogatam esse, ut quibusdam rebus contenta, portionem, quam testamento fueris consecuta, aliis restitueres, falso tibi persuasum est.

und l. 7. h. t.:

Si idem codicilli, quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset? Igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas juris auctoritate data non est.

Alle Stellen wiederholen nur dieſe oft erwähnte Regel.

Wo alſo das Corpus juris in den Inſtitutionen, den Pandekten und dem Codex von den Codizillen als ſolchen handelt wird überall der Rechtsſatz feſtgehalten, daß in Codizillen das Erbrecht weder genommen noch gegeben werden kann.

Der l. 2. §. 2 D. jure codicill. (29. 7) enthaltene Satz

codicillorum jus singulare est, ut quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent,

könnte zwar an ſich ſchon dahin verſtanden werden, daß ihrem Inhalte nach die Codizille dem Teſtament gleich ſtehen, ſo daß auch in Codizillen Erben ernannt werden können. Dieſer Satz ſtände aber mit den vielen vorſtehend aufgeführten Stellen im Widerſpruch. Den wahren Sinn ergeben die folgenden Worte des Geſetzes:

Ideoque servo, qui, testamenti facti tempore, testatoris fuisset, codicillorum tempore alienus, non recte libertas directa datur. Et contra, si, quum testamentum fiebat, alienus esset, codicillorum tempore testatoris, intelligitur alieno servo libertas data.

Das Geſetz will alſo nur ſagen:

daß alles, was in Codizillen geſchrieben iſt, der Zeit nach ſo angeſehen wird, als wenn es zur Zeit der Errichtung des Teſtaments geſchrieben wäre.

Mithin fehlt es überall da, wo das corpus juris von den Codizillen als ſolchen handelt an der Entſcheidung für unſeren Fall, wie es zu halten ſei, wenn der Teſtator dem Codizill die Kraft des Teſtamentes beſonders beigelegt hat.

In der That gehört aber auch die Entscheidung dieser Frage gar nicht in die Lehre von den Codizillen. Eben der Hauptgrundsatz, welcher im §. 2. D. h. t. aufgestellt ist:

> codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum,

führt dahin, daß allen solchen letztwilligen Verfügungen, in denen über das Erbrecht rechtsgültig Verfügungen getroffen werden, die codizillarische Natur ganz abgeht, und daß solche Nachzettel, denen der Erblasser selbst die Testamentskraft rechtsgültig beigelegt hat, nicht als Codizill, sondern als Theil des Testaments selbst angesehen werden müssen. Deshalb kann auch im corpus juris von solchen Nachzetteln, welche Testamentskraft haben sollen, nicht bei der Lehre von den Codizillen, sondern es muß davon bei der Lehre von den Testamenten gehandelt werden.

Es frägt sich also, ob in den Röm. Gesetzen, welche von den Testamenten handeln, die Befugniß des Testators anerkannt ist, sich insoweit von der für die Testamente im Allgemeinen vorgeschriebenen Form zu entbinden, daß sein im Testament ausgesprochener Wille: der Nachzettel solle als ein Theil des Testaments angesehn werden, verbindliche Kraft hat, so daß in einem solchen Nachzettel, weil er nicht die Natur des Codizills, sondern die des Testaments hat, auch über das Erbrecht bestimmt werden kann.

Gegen diese dem Testator einzuräumende Autonomie konnte das Bedenken entstehn, welches sich auch, wie die oben angeführten Worte von Suarez ergeben, bei Abfassung des A. L. R's. geltend machte und obsiegte, daß nämlich die strengere Form für Testamente doch eigentlich zur Verhinderung von Fälschungen des letzten Willens vorgeschrieben ist. Man müsse hier sonach auch auf das öffentliche Interesse Rücksicht nehmen, welches dafür spreche, daß der Autonomie des Erblassers Beschränkungen auferlegt werde. Er könne sich deßhalb, wie beim Testament selbst, so auch in Beziehung auf die zu errichtenden Nachzettel nicht von der im Allgemeinen vorgeschriebenen und für nothwendig erachteten Form entbinden.

Dagegen ist jedoch zu erwähnen, daß es sich zunächst nur

um das Eigenthum des Erblassers handelt, über das er nach Belieben von Todeswegen verfügen kann. Er kennt selbst die Gefahr und kann selbst ermessen, ob er der Gefahr der Unterschiebung oder Fälschung seines letzten Willens überhaupt ausgesetzt, und wenn dies der Fall ist, wie er derselben begegnen möge, sei es dadurch, daß er den Nachzettel selbst an einem sicheren Orte aufbewahrt, oder dessen Aufbewahrung einem bewährten Freunde überträgt.

Kann sonach der Testator die Gefahr der Fälschung selbst ermessen und vermeiden, so mußte bei den Römern für möglichste Erhaltung der Autonomie des Erblassers in Beziehung auf Inhalt und Form der Nachzettel auch die große Pietät erheblich ins Gewicht fallen, mit der sie auf möglichst vollständige Befolgung des letzten Willens eines Verstorbenen hielten.

So heißt es z. B. l. 25. D. de rebus dubiis (35. 5).

testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, adimplenda est.

Auch Gans[3]) hebt diese tiefwurzelnde religiöse Schau der Römer, wo von Erfüllung des letzten Willens eines Verstorbenen die Rede ist, hervor. Während uns der Gegenstand dieser Ehrfurcht fast unerhört vorkommen müsse, sei dieser höchste Götzendienst der individuellen Freiheit in dem charakteristischen Tempel, den sie sich in der testamenti factis erbaut haben, eine nicht zu verkennende bedeutende Manifestation des Röm. Geistes.

So sage auch Cicero Philippica II. cap. 42:

In publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum.

Wenn Cicero hier das Testament dem Gesetze gleich stellt, so kömmt man leicht zu dem Schlusse, daß der Erblasser auch im Testament sich selbst das Gesetz für die Form und den Inhalt seiner noch zu errichtenden, das Testament ergänzenden, oder abändernden letztwilligen Verordnungen, zu geben befugt sein müsse.

Es ist aber auch auf die geschichtliche Entwickelung des Röm. Rechts großes Gewicht zu legen.

---

3) Erbrecht von Gans. Bd. 2. S. 148.

Es macht sich schon sehr früh bei den Römern das Bedürfniß geltend, letztwillige Bestimmungen rechtsgültig in einer weniger strengen als in der Form eines Testaments zu treffen.

> Ante Augusti tempora constat codicillorum jus non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit[4]).

So entstanden die ganz formlosen und doch gültigen Codizille. Konnte in ihnen auch kein direkter Erbe ernannt werden, so kommt man auf dem Wege des Fideicommisses, für das die codizillarische Form genügte, bald zu demselben Ziel.

Es war der Gang der Römischen Rechtsgeschichte den Erblasser immer mehr von der strengen Form des Römischen Testaments zu entbinden. So bilden sich nach allen Seiten hin Ausnahmen. Die Lehre von den privilegirten Testamente gewinnt mit dem Laufe der Zeit eine immer größere Ausdehnung.

Es frägt sich nun, ob ein solcher Nachzettel, dem der Testator die Kraft seines Testaments beigelegt hat, nicht auch als ein solches privilegirtes Testament anzusehn sein möchte.

Forschen wir nun unter denjenigen Gesetzen des corpus juris nach, welche nicht von den Codizillen, sondern von der Errichtung der Testamente und Ernennung der Erben in solchen handeln, so findet sich zunächst l. 77. D. de heredibus instituendis (28. 5).

> Asse toto non dissoluto ita scriptum est: quem heredem codicillis fecere, heres esto; Titium heredem instituit. Ejus quidem institutio valet ideo, quod licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur; sed hoc tantum ex hereditate habebit, quantum ex asse residuum mansit.

Papinian setzt also den Fall, daß im Testament ein Theil der Erbschaft nicht vergeben, und diese Erbeinsetzung einem Nachzettel vorbehalten ist. Dieser Nachzettel soll auch in Beziehung auf die Erbeinsetzung gelten, wenngleich er nicht in Testamentsform errichtet ist. Denn, sagt Papinian, wenn auch der Satz richtig ist, daß durch Codizille kein Erbrecht gegeben werden

---

4) pr. I. h. t. (II. 25).

kann, so ist doch hier die Erbschaft nicht durch ein Codizill, sondern durch das Testament gegeben.

Wörtlich genommen ist dieser für die Entscheidung angegebene Grund freilich unrichtig. Nicht das Testament, sondern der Nachzettel gibt hier dem Erben sein Successionsrecht. Wäre der Nachzettel nicht da, wo sollte das Erbrecht aus dem Testament herkommen. Ebenso wenig könnte aber nach dem allgemeinen Grundsatz das Codizill an und für sich ein Erbrecht begründen. Diese Kraft der Erbeinsetzung erhält ein solcher Nachzettel lediglich durch den im Testament ausgesprochenen Willen des Testators, der dem Nachzettel die Kraft eines Testaments beilegt. Der eigentliche Sinn der Worte Papinians kann also nur der sein: das Codizill als solches eignet sich freilich nicht zur Erbeinsetzung, hier gibt aber das Testament dem Codizill die ihm als solchem abgehende Kraft, und das Codizill erhält so dieselbe Wirkung und Geltung wie ein Testament. Es verliert seine codizillarische Eigenschaft.

Ziemlich dasselbe sagt l. 10. D. de conditionibus institutionum (28. 7).

> Institutio talis, si codicillis Sejum heredem scripsero, heres esto, non est inutilis in quovis heredo instituto, praeter filium. Est enim conditionalis institutio, nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est, verum conditionalis est haec institutio, quasi testamento data esset. Proinde est si ita scripserit, cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto, pari ratione dicendum erit; institutionem valere, nullo jure impediente.

Auch Ulpian erklärt es hier für unbedingt zulässig einem Nachzettel die Benennung des Erben zu überlassen.

Es sind bisher diese Stellen der Digesten keineswegs unbeachtet geblieben, man hat aber aus derselben eine besondere Lehre vom sogenannten testamentum mysticum gebildet[5]). Ein solches sei vorhanden sagt man, wenn sich der Testator vorbehalten hat, den Namen des Erben auf einem besonderen Zettel zu benennen.

5) Thibaut, System §. 695, v. Vangerow, Leitfaden a. a. O., Puchtas Pandekten §. 473.

Andere[6]) wollen solche Nachzettel, in denen der Erbe nur nachträglich benannt wird, gar nicht als ein selbstständiges Codizill ansehn; der Inhalt eines solchen Nachzettels sei, so sagen sie, eine der Erbeinsetzung hinzugefügte Bedingung. Wenn auch ohne diese Ergänzung das Testament nicht ins Leben treten könne, so sei doch diese das Testament ergänzende Disposition nicht eine selbstständige einer besonderen Form bedürfende Erklärung, sonst müßten ja alle Thatsachen, welche als Bedingung der Erbeinsetzung anzusehn sind, vor 5 rogirten Zeugen zur Existenz gekommen sein, und durch deren Aussage bewiesen werden, um sie beachten zu können.

Es ist das eine eigenthümliche Art zu schließen. Weil der Eintritt der Bedingung nicht in derjenigen Form, welche für die Errichtung eines Codizills vorgeschrieben ist, bewiesen werden kann, sollen die das Testament in seinem wesentlichsten Theil ergänzenden letztwilligen Erklärungen des Testators nicht als letztwillige Dispositionen angesehn werden. Wenn aber der Testator selbst sagt, daß sein Testament unvollständig ist, und er sich dessen Ergänzung vorbehalte, so kann diese Ergänzung doch auch nichts anders sein, als eine letztwillige Disposition. Ob sie lang oder kurz, selbstständig oder beziehungsweise gefaßt ist, das kann im Wesen der Erklärung als einer letztwilligen nichts ändern.

Freilich können wir im Deutschen sagen, daß das Erbrecht dadurch bedingt wird, daß der Erblasser den Erben im Nachzettel, wie er sich vorbehalten, genannt hat. Man kann aber ebenso sagen, daß das Erbrecht des A dadurch bedingt ist, daß er überhaupt zum Erben eingesetzt worden. Soll darum auch ein solches Testament eine bloße Bedingung sein, weil man die Erbeinsetzung selbst als Voraussetzung und Bedingung des Erbrechts ansehn kann?

Alle letztwillige Bestimmungen eines Testators sind entweder ein Testament oder ein Codizill. Letztwillige Bestimmungen können Bedingungen enthalten, und es kann von deren Eintritt das

6) Sein in Glücks Pandekten Bd. 45. S. 245 und A. Faber error. prag. mat. dec. 69. err. 3.

Erbrecht abhängig gemacht werden, die letztwilligen Bestimmungen selbst sind aber niemals bloße Bedingung.

Die nachträgliche Benennung des Erben, welche sich der Testator in seinem Testament vorbehalten, hat sonach unzweifelhaft die Natur einer letztwilligen Disposition, welche zur Vervollständigung des im Testament ausgesprochenen letzten Willens nothwendig ist.

Was aber den Inhalt und Umfang dieses Vorbehalts in der l. 77. D. a. a. O. angeht, so beschränkt er sich doch eigentlich nicht bloß auf die Nennung des Namens des Erben. Es erhellt nur, daß der Erblasser über einen Theil des Nachlasses sich die Verfügung, so wie die Ernennung des Erben vorbehalten hatte.

Papinians Entscheidung hätte aber dieselbe sein müssen, wenn der Vorbehalt im Testament gelautet hätte: quos heredes codicillis fecero, heredes sunto. So gut der Ernennung sich die nachträgliche Ernennung eines, so kann er sich aus denselben Gründen, nullo jure impediente, die Ernennung mehrerer Erben vorbehalten. In beiden Fällen valet ideo institutio, quod licet codicillis hereditas dari non possit, tamen haec ex testamento data videtur.

Wenn nun aber der Testator nachträglich 2, oder 3, oder 4 Erben zu der unvertheilten portio beruft, so ernennt er nicht bloß den Erben in dem Nachzettel, sondern er bestimmt auch die Höhe der Antheile der nachträglich benannten Erben.

Daß sich der Erblasser aber auch die anderweitige Vertheilung seines Nachlasses für ein bloßes Codizill vorbehalten kann, das ergibt l. 36. h. t. (28. 5):

> Si quis ita scripserit heredem: ex qua parte codicillis heredem scripsero, heres esto, etiam si pars in codicillis non fuerit adscripta erit tamen heres, quasi sine parte institutus.

Ulpian hat also doch nicht den mindesten Zweifel daran, daß die demnächst im Codizill erfolgte Bestimmung der Höhe des Erbtheils rechtgültig erfolgt sein würde. Er spricht sich nur dahin aus, wie es zu halten, wenn der Testator von dem Vorbehalte keinen Gebrauch gemacht hat.

Wenn sonach der Erblasser in seinem Testament sich die Befugniß vorbehalten kann, die im Testament unterlassene Erbeinsetzung und Vertheilung seines Nachlasses in einem Codizill rechtsgültig nachzuholen, so ist nur noch die Frage zu beantworten:

> Kann sich der Erblasser in seinem Testament auch die Befugniß vorbehalten, die im Testament bereits erfolgte Erbeinsetzung in einem Testament abzuändern.

Ausdrücklich ist diese Frage in den Römischen Gesetzen freilich nicht entschieden. Man sieht aber in der That nicht ein, warum der in den Römischen Gesetzen wiederholt ausgesprochene Grundsatz:

> Daß der im Testament ausgesprochene Vorbehalt, die Erbeinsetzung dem Codizill zu überlassen, nicht gegen die Rechtsregel verstoße codicillis hereditatem dari non posse,

nicht auch dann Anwendung finden solle, wenn der Testator sich die Abänderung der im Testament ausgesprochenen Erbeinsetzung ausdrücklich für ein Codizill vorbehalten habe, denn, wie es l. 12. D. 13. D. de legibus (1. 3) heißt: non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.

Nam quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est bona occasio est, et caetera quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri.

Es bleibt also nur zu erwägen, ob der Fall der vorbehaltenen Abänderung wirklich der vorbehaltenen Ergänzung des Testaments gleichsteht. In der That enthält aber jede Ergänzung des Testaments zugleich eine Abänderung desselben. Ohne Hinzutritt der Ergänzung äußert das Testament eine ganz andere Wirkung als mit derselben. Wird z. B. der für einen Theil des Nachlasses nachträglich zu ernennende Erbe nicht ernannt, so accrescirt der offene Erbtheil den übrigen Erben. Wird der nachträglich zu bezeichnende Universalerbe nicht benannt, so ist das ganze Testament als destitutum hinfällig. Hat sonach die Ergänzung des Testaments dessen Abänderung alle Mal zur Folge,

so stehn sich auch die Fälle ganz gleich, möge sich der Erblasser in Beziehung darauf, welche Erbfolge eintreten soll, im Testament vorläufig bereits ganz, oder theilweise oder gar nicht ausgesprochen haben.

Das Bedenkliche in der Sache ist ja allein darin zu suchen, daß es auf diese Weise dem Erblasser gestattet wird, die Bestimmungen zu *ändern*, welche er im Testament in Beziehung auf die Erbfolge getroffen hat. Diese Befugniß steht dem Erblasser so unbedingt nach Röm. Recht zu, daß er darauf in keiner Weise verzichten kann[7]) ambulatoria est enim voluntas defuncti, usque ad vitae supremum exitum. Das Bedenkliche besteht nur darin, daß die Abänderung der Erbeinsetzung nicht ein *Testament*, sondern in einem *Codizill* erfolgt, und daß der Testator, indem er für einen wesentlichen Theil seines Testaments sich von der vorgeschriebenen strengen Form dispensirt, der Gefahr einer Unterschiebung oder Verfälschung dieses Theils seines Testaments Vorschub leistet.

Dies Bedenken ist aber ganz dasselbe, mag der Testator sich in seinem Testament bereits darüber ausgesprochen haben, wie er es mit der Erbfolge gehalten haben will, oder ob er dies noch nicht gethan. Möge also der Testator sagen, entweder:

1) A soll mein Erbe sein, wenn ich nicht in einem Codizill, wie ich mir dies ausdrücklich vorbehalte, einen anderen Erbe ernenne, oder:
2) Wenn ich A in einem Codizill zum Erben einsetze, so soll dies ebenso angesehn werden, als wenn ich ihn in diesem Testament zu meinem Erben ernannt hätte, oder
3) Der soll mein Erbe sein, den ich in meinem Codizill dazu ernennen werde.

So stehen sich alle diese Fälle doch in rechtlicher Beziehung gleich. Haben nun die Röm. Gesetze, wie oben gezeigt, auch nur die beiden letzten Fälle erwähnt, und in diesen nullo jure impediente die Autonomie des Testators anerkannt, so ist es nach Ulpians Anweisung l. 13. D. de legibus das Recht und die Pflicht des

7) L. 32. §. 3. D. de donat. inter virum et uxorem (24. 1) l. 4 D. de odimentis vel transfer. (34. 4).

Richters, Gebrauch zu machen von der bona occasio et caetera quo tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri. Thibaut, welcher S. 73 seiner Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts sehr vor einer zu ausgedehnten Anwendung dieses Gesetzes warnt, erklärt doch die Anwendung der in einzelnen Fällen getroffenen Entscheidung auf ähnliche Fälle unbedingt für zuläßig und nothwendig und sagt S. 131 u. 132 sehr wahr:

> Sieht man unser corpus juris an, so wird man bald finden, daß es kaum unter 100 Stellen ein Gesetz enthält, und daß der, der eine Stelle aus dem Röm. Recht anführen will, meist erst das Gesetz aus dieser Stelle aussuchen und selbst finden muß.
>
> Das Hauptgeschäft des Auslegers des Röm. Rechts muß als darauf gerichtet sein, durch Reflexion über die einzelnen gegebenen Entscheidungen die Grundsätze, von welchen die Röm. Juristen ausgingen, zu entdecken, und so, rückwärts schreitend, das Ganze zu vervollständigen.

Diese in den angeführten Stellen anerkannte utilitas der Befugniß des Erblassers in seinem Codizill die volle Kraft seines Testaments beizulegen, war, wie oben gezeigt, früher von der Praxis und der Theorie im gemeinen Recht ihrem vollen Umfang nach anerkannt.

Unterläge aber auch wirklich die Auffassung des Röm. Rechts, wie sie in der Praxis stattfand, einigem Zweifel, so können wir in dieser Auffassung doch nur ein Fortschreiten auf dem Wege finden, den das Röm. Recht selbst ging, so lange es im Volke lebte und entwickelungsfähig war.

Sollte diese Entwickelungsfähigkeit des Röm. Rechts nach seiner Aufnahme in Deutschland aber ganz erstorben, sollte das Römische Recht in Deutschland eben so todt wie die Römische Sprache sein?

Wo fänden dann Göthes Worte:

> Es erben sich Gesetz und Recht,
> wie eine ewige Krankheit fort, u. s. w.

mehr Anwendung als auf unser gemeines Recht!

In der That ging aber die Praxis des gemeinen Rechts

nicht darauf aus, überall die strengen Grundsätze des Röm. Rechts zur Anwendung zu bringen. Die Praxis sah auch auf die deutschen Zustände, auf das praktische Bedürfniß, das jetzt in der neueren Gesetzgebung seinen Ausdruck gefunden hat.

Die absonderlichen Formen des Römischen Testaments haben nun aber in Deutschland niemals Anklang gefunden. Das gerichtliche Testament trat an dessen Stelle. So finden wir es auch im Preußischen A. L. R.

Die neueren Gesetzbücher verlangen noch weniger Förmlichkeiten.

Nach Art. 969 und 970 des Code Napoleon gilt jedes Testament, welches der Erblasser eigenhändig ge- und unterschrieben hat. Dasselbe verordnet §. 378 des Oesterreichischen Gesetzbuchs.

Sonach erlaubte die frühere Praxis des gem. Rechts dem Testator nur, sich selbst in seinem Testament autonomisch die Befugniß beizulegen, welche im Wesentlichen die jetzige Rechtsanschauung jedem Testator ohne Weiteres einräumt. Er soll befugt sein sich das Recht zur Abänderung seines Testaments in allen seinen Theilen vorzubehalten, ohne daß es zu dieser Abänderung noch jedes Mal eines förmlichen Testaments bedarf.

Sollte auf diesen von der Praxis anerkannten Satz nicht jedenfalls dasjenige Anwendung finden, was v. Savigny in seinem System des heutigen Röm. Rechts S. 93 von dem gesunden Theile der Praxis sagt? Dieser gesunde Theil beruhe nämlich auf neuen Bedürfnissen, wie sie aus der Verschiedenheit der Zustände natürlich hervorgegangen. Diesen müßten wir die Kraft und Realität eines auf wissenschaftlichem Wege anerkannten Gewohnheitsrechts zuschreiben. Dabei sei es gleichgültig, wenn auch frühere Rechtslehrer den irrigen Versuch machten, solche Sätze aus dem Römischen Recht abzuleiten. Dieser Irrthum könne die Wahrheit der Sätze selbst nicht mindern, nur müßten wir uns nicht mit der Annahme täuschen, als ob die irrige Deduktion eine bloße Form wäre. Jene Juristen hätten es damit ganz ehrlich gemeint, und wir müßten die Ergründung des wahren Römischen Rechts in solchen Fällen als ein wesentliches Stück unserer Aufgabe ansehn, nicht um es aufrecht zu erhalten, sondern um den wahren Umfang der Neuerung festzustellen.

Nach dem Gesagten dürfte folgender Satz Geltung haben.

Ist im Testamente ausdrücklich die Befugniß vorbehalten in einem schriftlichen Nachzettel das Testament auch in Beziehung auf die Erbfolge abzuändern, oder ist einem solchen schriftlichen Nachzettel die volle Kraft des Testaments beigelegt, so hat solcher Nachzettel die volle Gültigkeit wie das Testament selbst auch in Beziehung auf die Erbfolge.

Bisher ist nur von der Gültigkeit des Inhalts eines solchen Nachzettels gehandelt. Aber auch in Beziehung auf deren Form verwerfen die jetzigen Lehrer des gemeinen Rechts ziemlich einstimmig die frühere Praxis, welche annahm:

daß zur formellen Gültigkeit solcher Nachzettel die schriftliche Errichtung genüge.

So sagt Thibaut, System §. 783:

Ohne Grund ist es, wenn viele bei bestätigten Codizillen nur soviel Zeugen verlangen, als zum Beweise nöthig sind, indem immer 5 Zeugen zugezogen werden müssen.

Sein Diktat hierzu lautete im Jahre 1827:

Die mehrsten Praktiker, und mit ihnen auch manche Theoretiker haben bisher geglaubt, daß es bei codicillis in praeteritum et futurum confirmatis gar keiner sogenannten Solannien bedürfe, daß man also bei dem mündlichen des Beweises wegen nur 2 Zeugen, und bei schriftlichen bloß die Privatscriptur des Codizillanten fordern könne. Den Hauptgrund für diese Idee entlehnt man aus l. 2. §. 2. und l. 14. D. h. t. (29. 7) worin die codicilli cofirmati für pars testamenti erklärt worden. Allein es stehen dieser Theorie bedeutende Gründe entgegen.

Denn erstlich sagt kein Gesetz, daß bei codicillis confirmatis in Betreff des Beweises irgend etwas von den gemeinen Regeln erlassen sei. In l. 3. C. h. t. (6. 36) werden aber zu allen Dispositionen außer dem Testament 5 Zeugen gefordert, und die codicilli confirmati sind doch auf allen Fall kein Testament. Der Satz der Klassiker, daß die codicilli confirmati pars testamenti sind, kann auf

die solennitas externa gar nicht bezogen werden, weil die Klassiker bei Codizillen überhaupt nichts davon wußten. Mithin geht jener Satz nur auf die Materie der Codizille, d. h. darauf, daß: codicillis confirmatis, die Erbeinsetzung und Enterbung abgerechnet, alles aufgenommen werden kann, wozu nach alter Strenge ein Testament gehört, z. B. Legate und tutoris datio.

Bei letzten Willensordnungen gehört die bedeutende Zahl der Zeugen zur Sicherheit des Beweises, und zu dieser Sicherheit trägt die unbestimmte confirmatio nichts bei. Mithin kommt man zu einem ganz sinnlosen, der Testatoren höchst gefährlichen Satz, wenn man zu codicillis confirmatis nicht die gewöhnliche Form der Codizille fordert.

Aehnlich äußert sich v. Vangerow in seinem Leidfaden Bd. 2. S. 452.

Dagegen sagt Puchta Pandekten §. 523: Codicilli testamenti confirmati bedürfen keiner Solennität, vorausgesetzt, daß ihr Inhalt durch das Testament selbst beglaubigt wird. Seine Vorlesungen Bd. 2. S. 463 ergeben aber, daß er auch bei codicillis testamento confirmatis die gewöhnlich für Codizille vorgeschriebene Form von 5 Zeugen für nöthig hält, und sie nur dann für entbehrlich erachtet, wenn der Testator ein schon errichtetes Codizill bestätigt, über dessen Identität kein Zweifel ist.

Das Kammergericht vertheidigte aber in seinem oben erwähnten Erk. vom Jahr 1771 [8]) die entgegengesetzte Ansicht mit folgenden Gründen:

Die Meinung der Rechtslehrer, welche ein im Testament bestätigtes, auch ohne einige Zeugen errichtetes Codizill für gültig halten, ist gegründeter als die entgegengesetzte. In älteren Zeiten waren, wie aus §. 3. Inst. de codic. erhellt, bei keinem Codizill Zeugen zur Solennität nöthig. K. Constantin erforderte zuerst nach l. 1. Cod, Theod. de testam. ex codic. bei Codizillen, quos testamentum non praecedit, die Adhibirung von 5 Zeugen. Zu der Zeit also, als K. Theodos der jüngere den l. ult. C. §. 3. de codic. gab, stand schon

8) Hymnes, Beiträge zur juristischen Litteratur in den Preuß. Staaten. 4. Sammlung S. 54.

feſt, daß bei Codizillen überhaupt 5 Zeugen nothwendig ſeien, daß aber ſolches auf cod. testamento confirmatus nicht gehe. Er verordnete weiter nichts, als quod in omni ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes adhiberi debeant. Nähme man auch an, daß Tribonian, welcher den §. 3 dem l. ult. C. de codic. angehängt hat, dabei auf l. 1. Cod. Theodos. de codic. gar kein Anſehn gehabt, und die Diſpoſition des gedachten §. 3 wörtlich eine lex correctoria ſei, ſo erfordere doch die geſunde Vernunft, daß leges correctoriae ſo ſehr, als ohne ihnen Gewalt anzuthun nur immer geſchehn kann, eingeſchränkt werden.

Es erhellt indeß aus keinem einzigen Theile des Geſetzes, daß es eine lex correctoria habe ſein ſollen, und daß der Kaiſer bei denjenigen ultimis voluntatibus, wo ſonſt keine Zeugen erforderlich geweſen, ſolche habe einführen wollen; vielmehr redet der Anfang des Geſetzes von der clausula codicillari, und von den Teſtamenten, die durch dieſe Klauſel die Kraft der Codizille erhalten. Solche Teſtamente ſind codicilli per se subsistentes, und dasjenige, was von demſelben verordnet wird, kann auf andere Codizille, die ihre Kraft nicht aus ſich ſelbſt, ſondern aus einem Teſtament haben, nicht gezogen werden, ohne einen Trugſchluß zu begehn.

Vergleicht man hiermit Thibauts Ausführung, ſo läßt ſich nicht wohl leugnen, daß das bloße Daſein eines Teſtaments neben dem Codizill, oder eine bloße Erwähnung des Codizills im Teſtament in der Form des Codizills nichts ändern kann, weil l. ult. §. 3. C. de Cod. allgemein ſagt, daß jede letztwillige Diſpoſition vor 5 Zeugen errichtet werden muß.

Es iſt aber nicht außer Acht zu laſſen, daß auch in dem Falle, welcher dem Kammergericht im J. 1771 zur Entſcheidung vorlag, dem Teſtament die Klauſel hinzugefügt war:

Sollte ich über kurz oder lang an dieſer meiner Diſpoſition etwas zu ändern oder hinzu zu thun nöthig finden, will ich ſolches mir ausdrücklich vorbehalten haben, und ſoll dasjenige, was nach meinem Ableben auf einem von mir eigenhändig beſchriebenen und unterſchriebenen Zettel zum

Faveur eines oder des anderen guten Freundes sich verordnet finden möchte, ebenso gültig und kräftig sein, als ob es diesem Testament wirklich einverleibt worden wäre.

Wenn nun auch die Ausführung richtig ist, daß im Allgemeinen auch die cod. testamento confirmati der für cod. überhaupt vorgeschriebenen Form unterliegen, so frägt es sich doch noch ob der Testator nicht auch befugt ist, sich selbst von dieser Form zu entbinden, wie er ja, nach der obigen Ausführung in Beziehung auf den Inhalt völlig freie Hand hatte, und befugt ist, dem Codizill die Kraft und Wirkung eines Testaments beizulegen.

Nun bestimmt aber l. 6. §. 2. h. t. (29. 7).

Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati neque manu ejus scripti fuerint; nam ea quae postea geruntur prioribus derogant.

Marcianus setzt also den Fall, daß der Testator, welcher sich selbst im Testament die Form für die noch zu errichtenden Codizille vorgeschrieben hat, sich davon insoweit wieder entbindet, als er bei der Errichtung des Codizills von dieser Form abweicht, denn diese spätere Handlung gehe der früheren vor.

Doch zeigt der zur Entscheidung gestellte Fall, daß im Wesentlichen die im Testament angegebene Form des Codizills maaßgebend ist. Nur in den außerwesentlichen Bedingungen, die an sich die Autentizität nicht in Zweifel stellen, tritt auch hier nach Marcian die benignior interpretatio für Aufrechthaltung des letzten Willens ein.

Das Testament verlangte nämlich zur Gültigkeit des späteren Codizills; daß es: von der Hand des Testators (sua manu) untersiegelt sei. Marcian sagt, es käme nichts darauf an, ob das Codizill von der Hand des Testators (ab eo) untersiegelt sei. Es genügt also, wenn das Codizill nur untersiegelt ist. Wessen sich der Testator zu dem Zwecke bedient hat, darauf komme nichts an. Das Verfahren bei Errichtung des Codizills beweise, daß der Testator auf diesen Umstand kein Gewicht gelegt.

Ferner verlangte das Testament zur Gültigkeit des Codizills,

daß es vom Erblasser unterschrieben sei. Hat nun auch der Testator das Codizill nur unterschrieben, nicht aber mit eigener Hand ganz geschrieben, so soll auch dies der Gültigkeit des Codizills nicht entgegenstehn, weil die Unterschrift des Codizills es außer Zweifel setzt, daß der Testator dies allein für wesentlich hielt.

Somit ergibt sich der Rechtssatz: Sind bei Abfassung des Codizills die im Testament vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur im Wesentlichen beobachtet, so hat das Codizill volle Gültigkeit. Wir haben sonach eine ausdrückliche Entscheidung dafür, daß der Testator befugt ist, sich selbst rechtsgültig die Form für seine zukünftigen Codizille zu setzen. Diese vom Gesetz anerkannte Befugniß begründet sonach eine Ausnahme von den für die Form der Codizille im Allgemeinen geltenden Vorschriften.

Doch hat Puchta a. a. O. dieser Stelle der Digesten allen Werth und jede Geltung abgesprochen, weil sie nur als eine historische Aeußerung angesehen werden könne. Die Coderstelle, welche allgemein die Zuziehung von 5 Zeugen bei Errichtung von Codizillen vorschreibe, ergebe allein das Richtige [9]).

Es dürfte aber doch bedenklich sein, so ohne Weiteres eine dispositive Stelle der Digesten für eine Antiquität zu erklären. Man weiß doch, daß die Redaktoren der Digesten alle Antiquitäten beseitigen sollten, und deshalb vielfache Interpolationen vorgenommen, um die Digesten mit dem zu Justinians Zeit geltenden Rechte in Uebereinstimmung zu bringen.

Bekanntlich wurde die erste Ausgabe des Codex früher angefertigt und publicirt, als die Pandekten, und da die Vorschrift des Theodosius, wonach alle letztwillige Verordnungen mit Ausnahme der Testamente vor 5 Zeugen errichtet werden sollten, längst galt, so konnte sie auch in der ersten Ausgabe pes Codex nicht fehlen.

Wenn desungeachtet bei der Redaktion der Pandekten l. 6. §. 2 a. a. O. stehn blieb, so muß man wohl annehmen, die

9) Diese Ansicht hat auch in die Praxis Eingang gefunden, wie das Bd. 2. S. 90 in Matthiäs Controversen-Lexikon abgedruckte Erkenntniß des L. G. zu Wolffenbüttel v. 12. Nov. 1833 ergibt.

Redaktoren waren sich dabei wohl bewußt, daß der Regel nach Codizille vor 5 Zeugen zu errichten seien. Wenn sie desungeachtet diese Entscheidung Marcians als geltend ansahen, und als Gesetz publicirten, so ist das ein Beweis dafür, daß sie mit Marcian die Autonomie des Testators für die Form seiner Codizille anerkannten und zur Geltung bringen wollten.

Freilich war die Wirkung der Entscheidung als sie Marcian gab wohl eine andere, als die Wirkung welche sie jetzt hat, nachdem sie mit den Pandekten als Gesetz publicirt ist.

So lange für die Errichtung von Codizillen noch gar keine besondere Form vorgeschrieben worden, war in der Entscheidnug Marcians der Grundsatz ausgesprochen:

> daß der Testator befugt ist, sich selbst für die Errichtung des Codizills eine bestimmte, also strengere Form vorzuschreiben.

Nachdem aber allgemein verordnet worden, daß zur gültigen Errichtung von Codizillen 5 Zeugen gehörten, und auch dieser Vorschrift gegenüber Papinians Entscheidung gelten soll,

> daß der Testator befugt ist, sich selbst für die Errichtung der Codizille eine bestimmte Form vorzuschreiben,

äußert sich diese Autonomie des Testators auch nach der Seite hin, daß er sich eine minder strenge Form vorschreiben, und von der Pflicht 5 Zeugen zur Errichtnng des Codizills zuzuziehn, befreien kann.

Diese Auslegung wird auch bestätigt durch l. 6. D. de leg. et fideic. (31. 1) welche lautet:

> Testamento filium et uxorem suam heredes instituit; postea epistolam scripsisse dicitur, qua et quidquid in peculio habuit filius ei donavit, et adjecit, se praecipua haec eum, suique juris et post mortem suam habere velle. Quaero quum testamento signaverat, si quid obsignatum recepisset id vice codicillorum valeret, epistola autem non sit obsignata, an quae epistola continentur ad filium pertineant? Respondi: si fides epistolae relictae constaret, deberi quae in ea dari se velle significavit.

Soll auch diese Stelle eine Antiquität sein, oder ist nicht

auch hier die Autonomie des Testators in einem sehr weiten Umfang anerkannt?

Der Testator hatte einem bloß besiegelten Zettel die Kraft eines Codizills beigelegt. Nach der Entscheidung des Juristen steht ein unzweifelhaft vom Erblasser herrührender Brief dem bloß untersiegelten Zettel gleich, und gilt nach dem im Testament enthaltenen Vorbehalt.

Sonach dürfte die Ansicht, daß l. 6. §. 2 und l. 89. D. a. a. O. bloße Antiquitäten seien, also zur Ungebühr in den Digesten stehen, nicht richtig sein. Für die hier vertheidigte Auslegung l. 6. §. 2 a. a. O. spricht auch Thibaut, insofern er im §. 36 seiner Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts sagt:

> Die in den Pandekten und dem Codex befindlichen Fragmente, welche nicht von Justinian selbst herrühren, können jetzt nicht mehr in ihrem ursprünglichen Sinne verstanden werden, sondern sind so auszulegen, wie es der jetzige Wortverstand, und die jetzige Verbindung derselben mit sich bringen.

Haben aber l. 6. §. 2 und l. 89. D. a. a. O. gesetzliche Geltung, so finden wir in denselben den Rechtssatz, daß der Testator befugt ist die Form für seine Codizille selbst zu bestimmen. Sie geben zugleich die Auslegungsregel an die Hand, daß man nur an dem Wesentlichen der verordneten Form festhalten, in Nebensachen aber nicht so streng sein soll, wenn der Erblasser bei Abfassung des Codizills sich nicht ganz an die im Testament vorgeschriebene Form gehalten hat, insoweit diese Abweichung nur die Authenticität des Codizills nicht berührt. Auch in diesem Falle kommt die Regel zur Anwendung: in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur. l. 12. D. deR . I. (50. 17).

Uebrigens hat sich die gemeinschaftliche Praxis durch die mannigfachen theoretischen Stürme, welche diese Frage bewegt haben, nicht überall aus ihrem ruhigen Fahrwasser herausbringen lassen. Dies ergibt folgendes Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichts zu Dresden vom Jahr 1859 [10]).

10) Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung für Sachsen. Neue Folge Bd. 3. Nr. 18. S. 286.

Codizille, welche in einem Testament im Voraus bestätigt werden, bedürfen zu ihrer Gültigkeit keiner weiteren Solennität, da sie als ein Theil des Testaments selbst zu betrachten sind, dafern nur Gewißheit vorhanden ist, daß sie von dem Testator wirklich herrühren. L. 2. §. 2. D. de jure codicille l. 14. pr. eod. l. 89. p. D. de legatis II. Die Vorschrift der l. ult. §. 3. C. de codicillis steht dem nicht entgegen, da sie nur von Codizillen, die nicht im Testament bestätigt werden, zu verstehen ist.

J. H. Böhmer diss. de codicillis absque testibus validis.

G. Ludw. Böhmer de quatuor modis constituendis codicillis und dessen Vorrede zu den excercit ad Pand. Tom. V.

Kind c. 41. T. 1. p. 271.

Curtius Th. 2. §. 876. Not. 11. S. 520.

Mit dieser Ansicht bewährter Rechtslehrer stimmt auch die vaterländische Praxis überein. Hat nun aber ein Testator in seinem Testamente selbst bestimmt, unter welchen Bedingungen er die von ihm etwa zu hinterlassenden schriftlichen Verordnungen als einen Theil seines letzten Willens betrachtet wissen will, d. h. hat er ihre Gültigkeit von gewissen Förmlichkeiten abhängig gemacht, so können auch nur diejenigen Verordnungen als codicilli testamento confirmati angesehn werden, bei welchen jene Förmlichkeiten wirklich beobachtet sind.

Zwar steht es dem Testirer frei, von diesen sich selbst gemachten Bedingungen in der Folge abzugehn und Codizille, welche denselben nicht entsprechen zu errichten, allein dann würden dergleichen Dispositionen in die Kategorie nicht bestätigter Codizille gehören und zu ihrer Rechtsbeständigkeit die in der l. ult. C. §. 3. de cod. vorgeschriebener Feierlichkeiten erforderlich sein.

Im Wesentlichen stimmt ein Erkenntniß desselben Gerichts v. 27. März 1857 mit dieser Ausführung überein [11]).

Für die entgegengesetzte Ansicht sprechen sich aus: der oberste

11) Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung für Sachsen. N. F. Bd. 10. Nr. 44. S. 526.

Gerichtshof zu Darmſtadt in einem Erkenntniß vom 7. Januar 1840 [12]) und das O.-A.-G. in Celle in einem Erkenntniß vom 23. Aug. 1836 [13]). Indeß ſtützen ſich dieſe Erk. im Weſentlichen nur auf diejenige Gründe, deren Widerlegung oben verſucht worden.

In Beziehung auf die Form der Codizille dürfen ſich aber nach der obigen Ausführung folgende Sätze aufſtellen laſſen.

Wenn im Teſtament über die Form der Codizille Vorſchriften enthalten ſind, ſo gelten alle Codizille, bei denen die vorgeſchriebenen Formen im Weſentlichen beobachtet ſind.

Iſt im Teſtament in Hinſicht auf die Form der Codizille nichts beſtimmt, ſo finden die für die Codizille im Allgemeinen geltenden Vorſchriften Anwendung.

So würde denn doch an der früheren Praxis feſtzuhalten, und in Hinſicht auf Inhalt und Form der Codizille zunächſt die Beſtimmung des Teſtaments maaßgebend und vom Richter allemal zu befolgen ſein.

IV.

Erfahrungen über die neue bürgerliche Prozeßordnung in Oldenburg,

mitgetheilt von

Herrn v. Buttel,
Obergerichtspräſident in Oldenburg.

Sie fragen, wie ſich das neue Verfahren in bürgerlichen Rechtsſachen, das wir nunmehr ſeit 1. Nov. 1858 befolgen, bei uns bewährt hat?

---

12) Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 314.
13) a. a. O. Bd. 1. Nr. 358.